nvpi

Aan de Commissie voor Veiligheid en Justitie
van de Eerste Kamer

Ref.: PS.sl.024.13

Hilversum, 28 oktober 2013

Geachte dames en heren,

Hierbij wenden wij ons tot u in verband met het volgende.

NVPI is de brancheorganisatie van de entertainmentindustrie, met als leden platenmaatschappijen, videomaatschappijen en gamesproducenten en distributeurs.

Op 29 oktober aanstaande vindt in uw Commissie Veiligheid en Justitie het voorbereidend onderzoek plaats rond **wetsontwerp 33520**, de implementatiewet van de EU richtlijn consumentenrechten.

Het wetsvoorstel zou gelet op artikel 7:5 lid 5 BW aldus geïnterpreteerd kunnen worden dat op overeenkomsten met betrekking tot digitale inhoud die niet op een materiele drager is geleverd, zoals bijvoorbeeld streamen en downloaden van muziek, film en games, alle regels van de consumentenkoop van toepassing zouden zijn. Echter zou een dergelijke toepassing leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid alsmede vragen doen rijzen over de toepasbaarheid en wenselijkheid. Welke -mogelijk nadelige- consequenties dit voor onze branche kan hebben kunnen wij op dit moment zelfs nauwelijks overzien.

Mede gezien het feit dat thans in opdracht van de Europese Commissie een onderzoek gaande is naar de wenselijkheid voor nieuwe geharmoniseerde regels op het gebied van de levering van digitale inhoud binnen de interne markt, zou de Nederlandse wetgever er ons inziens goed aan doen zich nu te onthouden van regulering van zaken die waarschijnlijk binnen afzienbare tijd door de Europese wetgever geregeld zullen worden, vooral ook omdat die regels strijdig kunnen blijken te zijn met onze nationale wetgeving.

De voorgestelde implementatiewijze wordt niet voorgeschreven door de Richtlijn. Immers bepaalt de Richtlijn[1] met zoveel woorden dat digitale inhoud die niet op een materiële drager wordt geleverd "niet wordt aangemerkt als verkoop- of dienstenovereenkomst", in het kader van toepassing van de Richtlijn.

[1] Overweging 19.

NVPI
Albertus Perkstraat 36
1217 NT Hilversum

T +31 (0)35 625 44 11
F +31 (0)35 625 44 10
E info@nvpi.nl
www.nvpi.nl

ABN AMRO: 46.24.48.827
ING: 36.18.201
BTW nr. NL 003843439.B01

De brancheorganisatie
van de entertainmentindustrie

nvpi

De Memorie van Toelichting[2] vermeldt dat het wetsvoorstel de uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2012 (LJN BV1301) codificeert[3]. Echter gaat het wetsvoorstel veel verder dan genoemde uitspraak van de Hoge Raad, die overigens een B2B-verhouding betrof. De Hoge Raad geeft aan op basis van bepaalde eigenschappen te zijn gekomen tot haar conclusie om betreffende overeenkomst te brengen onder het toepassingsbereik van titel 7.1 BW. Te weten, kort gezegd: standaardsoftware, waarbij de koper het recht op vrije, duurzame en niet in tijdsduur beperkte, gebruik heeft verkregen.

> *Zie in dit verband Jeloschek en van Druenen: "De Hoge Raad achtte voor zijn oordeel immers van belang dat het in de Beeldbrigadezaak draaide om de levering van software voor een niet in tijdsduur beperkt gebruik tegen betaling van een bepaald bedrag, ertoe strekkende de verkrijger iets te verschaffen dat geïndividualiseerd is en waarover hij feitelijke macht heeft. Pas dan dient de kooptitel van toepassing te zijn"[4]. In dit verband is ook de formulering van A-G Wuisman relevant[5]. Zie ook -in gelijke zin- Neppelenbroek: "Jurisprudentie over de kwalificatie van software legt als eis voor de toepasselijkheid van het kooprecht de verkrijging van de software (vergelijk art. 45j Aw), wat inhoudt dat de gebruiker van de software op zijn minst de beschikking moet hebben gekregen (via een drager of via een download) over een zelfstandig te installeren kopie (...). De Hoge Raad noemt dat in het arrest Beeldbrigade/ Hulskamp 'iets (...) dat geïndividualiseerd is'. Dit sluit toegangscontracten uit van de koopkwalificatie. (...) Verder worden (...) alle tijdelijke gebruiksrechten buiten de koop gehouden "[6].*

De eigenschappen van het streamen en downloaden van muziek, films en games wijken af van de door de Hoge Raad en A-G relevant geachte kenmerken. Zo heeft streaming naar haar aard een tijdelijk karakter, verkrijgt de gebruiker geen feitelijke macht over de content (wordt niet bij de gebruiker opgeslagen[7]) die niet geïndividualiseerd is[8], en is overdracht (ook bij downloads) niet mogelijk.

---

[2] Pag. 20 Memorie van Toelichting (33520) van de implementatiewet Richtlijn Consumentenrechten.

[3] "Voor de rechtsgevolgen voor digitale inhoud die niet door de richtlijn worden geharmoniseerd gelden, overeenkomstig het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2012, in beginsel de bepalingen van de koopovereenkomst, waaronder de regels inzake non-conformiteit (Hoge Raad 27 april 2012, LJN BV1301)".

[4] "De implementatie van het nieuwe regime voor overeenkomsten op afstand", Christoph Jeloschek en Veerle van Druenen, Tijdschrift voor Internetrecht, mei 2013, pag. 42.

[5] "(...) met het ter beschikking stellen van software verandert er ook iets aan de zijde van de gebruiker na de ter beschikking stelling van de software is bij de gebruiker 'iets' wat voordien niet was. Bij het beschikbaar stellen van de software met behulp van een drager betreft dat 'ets' niet louter de drager maar ook de daarop aangebrachte data in de vorm van elektromagnetische velden, die 'tastbaar' zijn in die zin dat zij kunnen worden omgezet in of geïnterpreteerd als instructies. Bij een download bestaat het ter beschikking gestelde iets'- dus wat er voordien niet was- alleen uit het gecreëerd zijn van 'tastbare'of te 'interpreteren' elektromagnetische velden op een al bij de gebruiker aanwezige drager, bijvoorbeeld de harde schijf van diens computer. Dat 'iets' dat wordt verkregen, is niet alleen 'tastbaar', maar heeft bovendien economische waarde in is voor overdracht vatbaar (...)".

[6] "Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!", Evert Neppelenbroek, Nederlands Juristenblad, 27-09-2013, afl. 33, pagina 2261.

[7] Althans niet permanent.

[8] Het betreft toegangscontracten, zie ook: "Stop het consumentenkooprecht voor digitale inhoud!", Evert Neppelenbroek, Nederlands Juristenblad, 27-09-2013, afl. 33, pagina 2261.

nvpi

De toepassing van alle regels van consumentenkoop op streaming en downloaden van muziek, films en games, zou leiden tot onduidelijkheid en onzekerheid en vragen doen rijzen over de wenselijkheid en toepasbaarheid. Bijvoorbeeld ten aanzien van omkering van de bewijslast, het recht op vervanging bij een internet-, netwerk of andere storing , mede gelet op de aard van streaming en downloaden.

Wij verzoeken u derhalve te verduidelijken dat de regels van consumentenkoop niet van toepassing zijn op het gebied van streamen en downloaden van muziek, film en games, zoals uit het wetsvoorstel zou kunnen worden afgeleid.

Hoogachtend,

Mr. Paul Solleveld
Directeur